

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. M. POIARES MADURO

présentées le 12 janvier 2006¹

1. Par une ordonnance du 14 mai 2004, le Tribunale di Cagliari (Italie) a posé à la Cour deux questions préjudicielles portant respectivement sur l'interprétation des articles 87 CE et 88 CE et des articles 43 CE, 44 CE, 48 CE et 49 CE. L'examen de la première de ces questions conduit à discuter, à nouveau, les conditions qui régissent la notion d'aide d'État.

été autorisé, conjointement avec deux autres organismes publics, ENEL et ENEA, à constituer une société anonyme en vue de développer des technologies innovantes et avancées dans l'utilisation du charbon. La même loi prévoyait que le financement de cette opération était en totalité pris en charge par le budget de l'État. Ainsi fut créée Sotacarbo. En vue d'aider à la réalisation d'un centre de recherche sur le charbon en Sardaigne, ENI a versé à Sotacarbo la somme de 12 708 900 033 ITL au titre d'apport en capital.

I — Cadre factuel et juridique du litige au principal

2. La demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Enirisorse SpA (ci-après «Enirisorse») à la Società Tecnologia Avanzate Carbone SpA (ci-après «Sotacarbo»). Ce litige est né dans les conditions suivantes. Enirisorse est une filiale du groupe Ente Nazionale Idrocarburi (ci-après «ENI»), établissement public chargé de la gestion des participations étatiques dans le secteur énergétique. Par la loi n° 351 du 27 juin 1985 (*GURI* n° 166, du 16 juillet 1985, p. 5019, ci-après la «loi n° 351/85»), ENI a

3. En 1992, ENI et ENEL ont été privatisés et transformés en sociétés anonymes. Pour accompagner cette transformation, la loi n° 140 du 11 mai 1999 (*GURI* n° 117, du 21 mai 1999, p. 4, ci-après la «loi n° 140/99») a autorisé ces deux sociétés à se retirer de Sotacarbo, à condition de payer les parts qui n'avaient pas encore été libérées. Ayant récupéré les participations détenues par ENI dans Sotacarbo, Enirisorse a choisi d'exercer le droit de retrait ouvert par la loi n° 140/99. Elle a procédé, en conséquence, au versement des parts non encore libérées et demandé à Sotacarbo de prendre acte de ce retrait en procédant au remboursement de ses actions conformément à l'article 2437 du code civil italien.

1 — Langue originale: le portugais.

4. Celui-ci dispose:

«Les associés opposés aux décisions concernant le changement d'objet ou de type de la société ou le transfert du siège social à l'étranger ont le droit de se retirer de la société et d'obtenir le remboursement de leurs actions, au prix moyen pratiqué pendant les six derniers mois, si les actions sont cotées en bourse ou, dans le cas contraire, en proportion du patrimoine social résultant du bilan du dernier exercice.»

«En vue d'assurer à Sotacarbo les disponibilités financières indispensables à la mise en œuvre du programme d'activité visé à l'article 7, paragraphe 5, de la loi n° 140 du 11 mai 1999, les associés de la société sont tenus au paiement des parts non encore libérées dans les soixante jours de l'entrée en vigueur de la présente loi et disposent d'une faculté de retrait à condition de renoncer à tout droit sur le patrimoine de la société et de faire l'apport des parts encore dues. Les déclarations de retrait déjà communiquées à Sotacarbo SpA conformément à l'article 7, paragraphe 4, de la loi n° 140 du 11 mai 1999 peuvent encore être révoquées dans les trente jours à partir de l'entrée en vigueur de la présente loi. Passé ce délai, le retrait est considéré comme définitif avec acceptation sans réserve des conditions susmentionnées de la part de l'associé qui se retire.»

5. Réunie en assemblée extraordinaire le 12 février 2001, Sotacarbo a pris acte du retrait et décidé d'annuler les actions d'Enirisorse. Cependant, elle a refusé d'accéder à la demande de remboursement, au motif qu'un tel remboursement affecterait la poursuite de sa mission d'intérêt général telle que fixée par la loi. Par un recours introduit le 8 juin 2001, le Tribunale di Cagliari a été saisi d'une demande d'Enirisorse tendant au remboursement d'une somme équivalente à la valeur de ses actions.

7. Devant la juridiction de renvoi, Enirisorse a exprimé des doutes quant à la compatibilité de cette loi avec certaines dispositions du traité CE. Considérant que ces doutes étaient fondés, la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour, en vertu de l'article 234 CE, les questions suivantes:

6. Ainsi était fixé le cadre du litige lorsque, le 12 décembre 2002, la loi n° 273 fut adoptée (supplément ordinaire à la *GURI* n° 293, du 14 décembre 2002, ci-après la «loi n° 273/02»). En son article 33, celle-ci dispose:

«1) La disposition visée à l'article 33 de la loi n° 273/02 constitue-t-elle une aide d'État incompatible au titre de l'article 87 CE en faveur de Sotacarbo SpA, aide qui serait de surcroît illégale puisqu'elle n'a pas été notifiée conformément à l'article 88, paragraphe 3, CE?»

2) La disposition précitée est-elle contraire aux articles 43 CE, 44 CE, 48 CE, 49 CE et suivants en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des services?»

avec suffisamment de clarté et d'impartialité les éléments du litige, en omettant d'inclure des indications précises sur les circonstances de fait et de droit qui entourent le litige et en prenant parti pour les arguments soulevés par la demanderesse. Elle estime en conséquence que la demande est irrecevable.

8. Rappelons que, aux termes de l'article 87, paragraphe 1, CE, «sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions». Selon l'article 88, paragraphe 3, CE, «la Commission est informée, en temps utile pour présenter des observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 87, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale».

10. Il est vrai que «la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insère la question qu'il pose ou que, à tout le moins, il explique l'hypothèse factuelle sur laquelle cette question est fondée»². En revanche, dès lors qu'il fournit à la Cour des éléments suffisants permettant à celle-ci d'apporter une réponse utile, on ne saurait lui reprocher de faire part, dans la décision de renvoi, de sa propre appréciation des arguments présentés devant lui. Une telle pratique est tout à fait conforme à la nature de la coopération juridictionnelle prévue à l'article 234 CE, qui appelle une collaboration active des juridictions nationales³.

II — Sur la recevabilité des questions préjudicielles

A — Quant à la demande en général

9. La défenderesse au principal reproche à la juridiction de renvoi de ne point restituer

11. En l'espèce, l'ordonnance de renvoi expose certes brièvement mais précisément

2 — Voir, notamment, arrêt du 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo* e.a. (C-320/90 à C-322/90, Rec. p. I-393, point 6).

3 — La note informative de la Cour sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales, récemment actualisée, prévoit en ce sens que «la juridiction de renvoi peut, si elle s'estime en mesure de le faire, indiquer succinctement son point de vue sur la réponse à apporter aux questions posées à titre préjudiciel» (JO 2005, C 143, p. 1).

l'origine et la nature du litige, ainsi que le cadre juridique national pertinent. Bien qu'une erreur matérielle concernant la numérotation de la législation nationale mise en cause se soit glissée dans la rédaction des questions posées⁴, celle-ci ne saurait à elle seule entacher la demande d'irrecevabilité.

12. Les arguments de la partie défenderesse relatifs à la forme de l'ordonnance de renvoi doivent donc être rejetés. Il en est d'autres, plus sérieux, qui portent sur le contenu des questions posées.

B — *Quant à la première question*

13. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande à la Cour de se prononcer sur la compatibilité d'une disposition nationale avec les articles 87 CE et 88 CE.

14. Cette question doit être reformulée. Il est constant que, dans le cadre d'une procédure introduite en vertu de l'article 234 CE, la Cour n'est pas compétente pour interpréter le droit national ou

statuer sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire⁵. En outre, il est besoin de rappeler que l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aides avec le marché commun relève de la compétence exclusive de la Commission, agissant sous le contrôle du juge communautaire. En conséquence, une juridiction nationale ne saurait, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, interroger la Cour sur la compatibilité avec le marché commun d'une aide d'État⁶.

15. En revanche, si elle éprouve des doutes sur la qualification d'aide d'État de la mesure nationale en cause, celle-ci peut ou doit, selon les cas, poser une question préjudicielle à la Cour sur l'interprétation de l'article 87 CE⁷. En effet, au cas où telle mesure serait constitutive d'une aide d'État, il lui faudrait vérifier que la procédure de contrôle préalable instituée par l'article 88, paragraphe 3, CE a bien été respectée. Si tel n'est pas le cas, la juridiction nationale est tenue de garantir aux justiciables que toutes les conséquences d'une violation de cette disposition seront tirées, conformément à son droit national, en ce qui concerne tant la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition⁸.

5 — Voir, notamment, arrêt du 21 janvier 1993, *Deutsche Shell* (C-188/91, Rec. p. I-363, point 27).

6 — Voir, notamment, ordonnance du 24 juillet 2003, *Sicilcassa e.a.* (C-297/01, Rec. p. I-7849, point 47).

7 — Voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 1996, *SFEI e.a.* (C-39/94, Rec. p. I-3547, points 49 à 51).

8 — Voir, notamment, arrêts du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, Rec. p. I-8365, point 27), et du 13 janvier 2005, *Streekgewest* (C-174/02, Rec. p. I-85, point 17), ainsi que les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Transalpine Ölleitung in Österreich* (C-368/04, pendante devant la Cour, points 67 et suiv.).

4 — Il apparaît que la demande préjudicielle se réfère à tort à une loi n° 240/02 alors qu'elle entend viser la loi n° 273/02.

16. Il résulte de ce qui précède que si la Cour ne saurait répondre à la première question telle que formulée par la juridiction de renvoi, il lui revient, en revanche, de comprendre celle-ci comme demandant si un régime tel que celui visé à l'article 33 de la loi n° 273/02, accordant aux associés d'une société contrôlée par l'État une faculté de retrait pourvu qu'ils renoncent à tout droit sur le patrimoine de ladite société, doit être qualifié d'aide d'État au sens de l'article 87 CE et aurait dû être notifié à la Commission conformément à l'article 88, paragraphe 3, CE.

C — Quant à la seconde question préjudicielle

17. Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande à la Cour de se prononcer sur la conformité de la législation en cause avec les articles 43 CE, 44 CE, 48 CE et 49 CE portant, respectivement, sur la liberté d'établissement et la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté.

18. Outre le fait, précédemment rappelé, que la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur la compatibilité d'une disposition nationale avec le droit communautaire, la pertinence d'une interprétation des dispositions de droit communautaire invoquées dans cette question en vue de la

résolution du litige au principal ne ressort pas clairement de l'ordonnance de renvoi.

19. La Cour a déjà eu l'occasion de juger qu'il est indispensable que le juge national donne un minimum d'explications sur les raisons du choix des dispositions communautaires dont il demande l'interprétation et sur le lien qu'il établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige⁹.

20. Or, pareille exigence n'est pas satisfaite en l'espèce. La juridiction de renvoi ne fournit aucune indication utile quant au lien qu'elle établit, dans sa question, entre les articles 43 CE, 44 CE, 48 CE et 49 CE et la législation nationale applicable au litige. Elle se contente, à cet égard, d'émettre des doutes sur la compatibilité de cette législation «avec le principe d'égalité de traitement en économie de marché».

21. Dans ces conditions, la seconde question posée par la juridiction de renvoi doit être déclarée irrecevable. C'est donc sur le seul terrain des dispositions du traité relatives aux aides d'État que le régime instauré par la loi n° 273/02 sera examiné.

⁹ — Arrêt du 9 septembre 2004, Carbonati Apuani (C-72/03, Rec. p. I-8027, point 11).

III — Sur la qualification d'aide d'État

22. Pour qu'une mesure nationale soit qualifiée d'aide d'État au sens du traité, elle doit répondre à quatre conditions cumulatives¹⁰. Cependant, avant de se prononcer sur l'application de ces conditions, il convient de vérifier que les règles relatives aux aides d'État sont bien applicables à l'espèce en cause.

A — Sur la qualification d'entreprise de la société en cause

23. Il est bien établi que l'applicabilité des règles du traité en matière de concurrence, dont font partie intégrante les règles relatives aux aides d'État, est soumise à la condition que l'entité visée soit une entreprise. Or, en l'espèce, cette qualité est contestée. La partie défenderesse au principal et le gouvernement italien, intervenant devant la Cour, soutiennent que ne mérite pas la qualification d'entreprise une société telle que Sotacarbo qui poursuit des activités d'intérêt général fixées par la loi, lorsque ces activités sont dénuées de caractère lucratif et qu'elles sont entièrement financées par l'État.

10 — Voir, notamment, arrêt du 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Rec. p. I-7747, point 75).

24. Cette argumentation n'est pas convaincante. La Cour a déjà jugé qu'un établissement public sans but lucratif n'échappe pas, en principe, à la qualification d'entreprise au sens de l'article 87 CE¹¹. En tout état de cause, il n'a plus été contesté entre les parties présentes lors de l'audience que Sotacarbo poursuivait un but lucratif. De même, il est constant que le statut juridique ou le mode de financement de l'entité en cause sont, à cet égard, indifférents¹². En outre, le fait que cette entité s'est vu confier par la loi certaines missions d'intérêt général ne saurait être tenu pour déterminant¹³, dès lors que ces missions n'obéissent pas au principe de solidarité tel qu'il a été défini par la Cour¹⁴.

25. Ce qui caractérise l'entreprise au sens des règles de concurrence, c'est qu'elle exerce une «activité économique». Par là, la Cour comprend toute «activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné»¹⁵. En l'occurrence, il apparaît que Sotacarbo a notamment pour tâche de développer de nouvelles technologies d'utilisation du charbon et de prester des services de soutien spécialisé aux administrations, organismes publics et sociétés intéressées au développement de ces tech-

11 — Voir, en ce sens, arrêts du 22 mars 1977, Steinike & Weinlig (78/76, Rec. p. 595, points 16 à 18), et du 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a. (C-244/94, Rec. p. I-4013, point 21).

12 — Arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elster (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21).

13 — Voir, en ce sens, arrêt du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089, point 21).

14 — Voir, sur ce point, mes conclusions dans l'affaire FENIN/Commission (C-205/03 P, pendante devant la Cour).

15 — Arrêt du 12 septembre 2000, Pavlov e.a. (C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, point 75).

nologies. Sous réserve d'informations et de vérifications complémentaires qui relèvent de la seule compétence du juge de renvoi, il me paraît légitime de supposer que de telles activités, consistant à participer à la mise au point de nouveaux produits industriels et à l'offre de biens sur un marché donné, revêtent une nature économique.

26. Partant, les règles sur les aides d'État peuvent être tenues pour applicables à l'affaire en cause et il importe dès lors de vérifier si les différentes conditions constitutives d'une aide sont remplies.

B — De l'existence d'un avantage économique

27. Afin d'apprécier si l'application du régime en cause constitue une aide étatique, il convient en premier lieu de vérifier qu'elle procure un avantage économique à son bénéficiaire. Que la loi n° 273/02 génère un avantage dans le chef d'une entreprise, cela ne paraît pas douteux. Dans cette affaire, la discussion porte plutôt sur l'origine et le bénéficiaire de cet avantage. Selon Enirisorse, l'avantage en cause dans cette affaire résulte de la mesure consistant à exonérer Sotacarbo de son obligation de rembourser les actions de ses associés en cas de retrait de ceux-ci. Au contraire, les autres parties au litige soutiennent que l'avantage réside en réalité

dans la faculté exceptionnelle de retrait accordée par la loi italienne à Enirisorse.

28. La difficulté résulte, à mon avis, de l'ambiguïté du cadre juridique national telle qu'elle ressort des pièces du dossier.

29. Il ressort d'une jurisprudence constante que, en matière d'appréciation d'un avantage constitutif d'une aide d'État, les circonstances concrètes de chaque affaire revêtent une importance particulière¹⁶. En l'espèce, une incertitude demeure sur le point de savoir si le retrait en cause dans cette affaire est couvert ou non par le droit commun en matière de retrait des sociétés commerciales, tel qu'il résulte de l'article 2437 du code civil. Sur ce point, les parties divergent, la demande de décision ne contient pas d'éléments décisifs et l'audience n'a pas permis de clarification. Or, cette précision détermine pour une grande part la réponse que la Cour doit donner à la question posée par la juridiction de renvoi. Afin de conserver toute son utilité à la décision préjudicielle, il me paraît donc nécessaire de distinguer deux hypothèses.

30. Dans le cas où il serait établi que le retrait exercé par Enirisorse résulte d'une

¹⁶ — Arrêt du 1^{er} décembre 1998, Ecotrade (C-200/97, Rec. p. I-7907, point 37).

faculté de retrait dérogoratoire du droit commun, il conviendra, à mon avis, de déclarer que la disposition litigieuse de la loi n° 273/02 n'a pas le caractère d'une aide d'État.

31. Certes, il est de jurisprudence constante que «la notion d'aide comprend non seulement des prestations positives, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, par là même, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques»¹⁷. De ce point de vue, une disposition qui permet de dispenser une société du remboursement du montant des actions détenues par ses associés au titre de l'apport réalisé dans cette société paraît conférer un avantage économique à son bénéficiaire, dans la mesure où une telle dispense serait exclue dans le cadre de l'application des règles ordinaires en matière de retrait.

32. Mais une telle analyse est insuffisante. Elle repose sur une vue partielle des données du problème. Elle se fonde sur la seule comparaison entre la situation résultant de l'application de la loi n° 273/02 (renonce-

ment au droit à remboursement des actions en cas d'exercice de la faculté de retrait) et celle résultant de l'application de l'article 2437 du code civil (principe du droit à remboursement des actions en cas de retrait). Or, il apparaît que la loi n° 273/02 est indissociable, en l'espèce, de la loi n° 140/99. Ces deux dispositions forment un seul régime. C'est ce régime qu'il convient de prendre en compte aux fins de la qualification à opérer. Or, aux termes de la loi n° 140/99, une faculté *exceptionnelle* de retrait est accordée aux associés de Sotacarbo. Dans cette hypothèse, ces associés ne disposeraient pas, selon le droit commun, du droit de retrait. Par conséquent, Sotacarbo serait normalement en droit de ne craindre aucune perte de patrimoine. Dès lors, on ne saurait considérer qu'une loi telle que la loi n° 273/02, qui limite le droit au remboursement en cas de retrait exceptionnel exercé par les associés de cette société, allège celle-ci d'une charge qu'elle aurait dû normalement supporter. Cette loi vise simplement à garantir que la situation patrimoniale de Sotacarbo ne sera pas affectée par l'avantage ainsi concédé à certains de ses actionnaires. Elle se contente, en réalité, de neutraliser l'avantage donné à Enirisorse sous la forme d'une faculté exceptionnelle de retrait. Elle n'a donc nullement pour effet de créer un avantage économique au sens des règles du traité au profit de Sotacarbo.

33. En revanche, l'appréciation sera toute autre dans le cas où le retrait d'Enirisorse aurait été permis dans les conditions du droit commun. Dans cette seconde hypothèse, en effet, la loi n° 140/99 doit être comprise comme confirmant le droit au retrait de certains associés en vertu des dispositions

17 — Voir, notamment, arrêt du 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, Rec. p. I-1627, point 36).

de droit commun. Le seul effet de la loi n° 273/02 est dès lors de soustraire Sotacarbo du régime de remboursement prévu par le droit commun en la matière. Une telle mesure d'exonération procure, à l'évidence, un avantage économique à la société qui en est bénéficiaire. Dans la mesure où cet avantage n'est pas la contrepartie d'une faculté exceptionnelle de retrait, il devient nécessaire d'examiner si les autres conditions de l'aide sont réunies.

pèce. Cela relève de la seule compétence du juge national. Si celui-ci conclut que le retrait a bien été exercé conformément à l'article 2437 du code civil, il lui faudra admettre que la loi n° 273/02 octroie un avantage à Sotacarbo et il lui reviendra dès lors de vérifier si les autres conditions de la qualification de l'aide sont réunies.

34. Disons que, au vu des pièces du dossier, la première hypothèse paraît la plus probable. Le code civil comporte une série limitative d'hypothèses de retrait¹⁸, et il ne semble pas que le retrait d'Enirisorse soit couvert par l'une d'entre elles. Ce que semble réclamer Enirisorse dans la demande introduite devant le juge de renvoi, c'est l'application des modalités de retrait prévues à l'article 2437 du code civil, à savoir le remboursement du montant de ses actions, en dehors du champ d'application du droit de retrait prévu par cette disposition. Si cette dernière interprétation devait être confirmée par le juge a quo, il faudrait en conclure que la mesure en cause n'ayant procuré aucun avantage à son destinataire ne saurait être qualifiée d'aide d'État.

C — Les autres conditions de l'aide

35. Toutefois, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur l'interprétation et l'application du droit national au cas d'es-

36. À supposer que la condition de l'avantage soit satisfaite, le gouvernement italien considère que, en tout état de cause, la troisième et la quatrième des conditions visées ne sont pas réunies en l'espèce. Pour autant que la Cour juge utile de se prononcer sur ce point, il convient de rappeler que les avantages qui, comme celui octroyé par la législation en cause, visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales faussent en principe les conditions de concurrence¹⁹. Dès lors qu'il n'est pas démontré que les activités de la société bénéficiaire sont sans aucun équivalent à l'intérieur du marché commun, la distorsion de concurrence peut être présumée. Pour le même motif, l'effet d'une telle mesure sur les échanges entre États membres ne peut être mis en doute.

18 — Voir Campobasso, G. F., *Diritto commerciale*, vol. 2, Torino, 5^e édition, 2002, p. 485. Notons qu'une réforme du droit de retrait est intervenue depuis lors, qui élargit la liste des motifs légitimes de retrait mais sans en changer le caractère limitatif (voir, sur ce point, le numéro spécial de la *Rivista delle società*, marzo-giugno 2005).

19 — Voir, ainsi, arrêt du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission (C-156/98, Rec. p. I-6857, point 30).

37. Dans l'hypothèse où il serait établi que l'avantage existe, il conviendra donc surtout de s'attacher à l'examen de la première condition nécessaire à la qualification d'aide d'État. Rappelons que, selon la Cour, «pour que des avantages puissent être qualifiés d'aides au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, ils doivent, d'une part, être accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et, d'autre part, être imputables à l'État»²⁰.

38. La condition d'imputabilité est aisément satisfaite en l'espèce. L'avantage en question résulte d'une intervention législative. Que cette mesure n'accorde qu'un avantage hypothétique, subordonné à l'exercice d'une *faculté* de retrait, n'est guère déterminant. Que cette faculté soit ou non exercée, il en résulte que les droits des associés en tant que créanciers se trouvent amputés et, corrélativement, les obligations de la société à l'égard de ses associés sont allégées. La société dispose dès lors d'un capital non remboursable, ayant perdu tout caractère de créance et qu'elle n'a plus à craindre de perdre en cas de retrait. Il s'ensuit que cette intervention législative, indépendamment de toute décision des associés visés, est bien à l'origine directe d'un avantage dans le chef de Sotacarbo.

39. Reste, en principe, à savoir si cet avantage peut être considéré comme procédant d'un transfert de ressources d'État.

40. À cet égard, le gouvernement italien soutient que le régime en cause ne crée pas de «charge supplémentaire» pour le budget de l'État. En effet, ce régime n'est conçu que pour modifier le cadre des relations entre une société publique et ses associés privés, au profit de la première. Le financement de l'avantage conféré à cette société provient donc de fonds privés. En outre, les capitaux de Sotacarbo ayant été entièrement constitués grâce à des fonds de l'État, cette dispense de remboursement n'est pas à l'origine d'une charge nouvelle pour celui-ci. L'avantage n'est pas supporté par une contribution financière de l'État indépendante de celle qui a été versée lors de la constitution de la société.

41. Il est vrai que si l'on applique l'approche retenue par la Cour dans son arrêt *Slooman Neptun*, alors il faut considérer que l'avantage en cause est «inhérent» au régime légal adopté²¹. Il s'ensuivrait que la première condition constitutive de l'aide d'État aide ne serait pas remplie.

20 — Arrêt du 16 mai 2002, *France/Commission* (C-482/99, Rec. p. I-4397, point 23).

21 — Arrêt du 17 mars 1993 (C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887, point 21).

42. J'estime, cependant, qu'une telle approche n'est pas satisfaisante.

prises et les conditions de production des biens et des services fournis.

43. Certes, toute mesure nationale qui a pour effet de conférer un avantage économique à des entreprises et d'affecter les conditions de la concurrence dans le marché commun ne saurait être qualifiée d'aide d'État. Il est constant que l'interdiction énoncée à l'article 87, paragraphe 1, CE ne vise pas les avantages découlant de simples disparités législatives entre les États membres. Il s'ensuit qu'il importe de bien délimiter les cas dans lesquels l'octroi d'un avantage mérite d'être soumis au régime communautaire des aides d'État.

45. Cette distinction se comprend aisément. La Cour entend ainsi éviter d'étendre l'emprise des règles communautaires à des distorsions de concurrence qui sont simplement liées à des disparités de choix législatif entre les États membres. Cette prudence procède du souci de ne point mettre en cause des compétences réservées aux États membres. Il est à craindre, en effet, qu'une extension trop grande du régime des aides ait pour conséquence de soumettre tous les choix de politique économique des États membres au contrôle des autorités communautaires, sans distinguer selon qu'ils prennent la forme d'une intervention directe sur le marché ou d'une mesure générale de réglementation des activités économiques. Il en résulterait, en outre, un accroissement considérable de la charge incombant, en ce domaine, aux autorités communautaires de contrôle, la Commission et la Cour.

44. Dans sa jurisprudence, la Cour semble vouloir tracer une distinction entre les distorsions qui résultent de l'adoption de mesures de réglementation des activités économiques et celles qui ont pour origine un transfert de ressources publiques au bénéfice de certaines entreprises²². Seules ces dernières sont susceptibles d'affecter les conditions de concurrence. Les premières doivent être acceptées dans la mesure où elles ont pour seul objet de déterminer les conditions d'exercice de l'activité des entre-

46. Or, il est clair que le régime communautaire des aides d'État n'est pas destiné à contrôler l'impact de tous les choix législatifs des États membres sur la concurrence dans le marché intérieur. Il vise seulement à identifier les distorsions concurrentielles qui résultent de la volonté d'un État membre d'accorder, par dérogation à ses orientations politiques générales, un avantage particulier à certaines entreprises.

22 — Voir, en ce sens, arrêts *Slooman Neptun*, précité, point 21; *Ecotrade*, précité, point 36, et du 13 mars 2001, *Preussen-Elektra* (C-379/98, Rec. p. I-2099, point 62).

47. Les restrictions posées par la Cour sont donc tout à fait légitimes. Il me paraît, cependant, que le critère du transfert des ressources d'État, habituellement utilisé par la Cour, ne permet pas de les appliquer et de les justifier correctement. À cet effet, il serait préférable de recourir au critère de la sélectivité tel qu'il résulte également de la jurisprudence de la Cour. Cette préférence tient à trois raisons essentielles.

48. D'abord, le critère de transfert de ressources n'est pas toujours pertinent. Il peut arriver, en effet, qu'une mesure de réglementation comporte une charge indirecte pour le budget de l'État qui peut être plus importante que celle résultant d'une mesure de transfert de ressources publiques²³.

49. Ensuite, le critère de sélectivité est mieux à même de justifier les restrictions posées par

la Cour. Il est évident que les différences entre les politiques économiques et fiscales menées par les États membres sont susceptibles de conférer des avantages économiques comparatifs à certaines entreprises sur le marché commun. Une entreprise soumise à un taux d'imposition fixé à 20 % de ses bénéfices bénéficie d'un avantage économique par rapport à des opérateurs situés dans un autre État membre pratiquant un taux d'imposition de 30 %. Cependant, on ne saurait voir là matière à application du régime des aides. En effet, dans ce cas, les avantages concurrentiels découlent simplement de disparités juridiques et économiques qui correspondent à l'exercice normal de l'autonomie législative reconnue aux États membres. En revanche, si la même entreprise reçoit un dégrèvement d'impôts de 5 % dans le cas où les opérateurs des autres États membres seraient soumis au même taux d'imposition de 20 %, on conclura à l'existence d'une aide alors même que l'avantage comparatif dont bénéficie cette entreprise serait moindre que dans le premier cas. La raison en est que, dans ce dernier cas, un traitement préférentiel a été accordé par un État membre à une entreprise ou à une classe d'entreprises en dérogeant à ses choix législatifs généraux. Seules les distorsions découlant de tels traitements méritent d'être poursuivies.

23 — Tel serait le cas, par exemple, d'une législation facilitant les licenciements dans un secteur particulier ou d'une réglementation autorisant une entreprise à construire des locaux dans une zone nécessitant un aménagement important en infrastructures. À cet égard, rappelons que, aux fins de la qualification d'aide d'État, la Cour ne distingue pas selon que les avantages sont accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État (voir, notamment, arrêt *PreussenElektra*, précité, point 58).

50. Enfin, dans la mesure où il existe une interpénétration croissante des activités étatiques avec des activités privées en matière économique, il y a lieu de craindre que les

États membres soient tentés d'utiliser les moyens réglementaires dont ils disposent pour inciter ou obliger des opérateurs privés à alléger les charges de certaines entreprises. Dès lors que de telles mesures ne prévoient pas de transfert direct de fonds publics, doit-on considérer qu'elles ne revêtent pas la nature d'aides d'État? Si tel devait être le cas, une part importante de mesures étatiques ayant tous les *effets* d'une aide d'État devrait échapper au contrôle des autorités communautaires. Un tel résultat serait manifestement contraire aux objectifs poursuivis par le traité et aux principes posés par la jurisprudence de la Cour. C'est pourquoi je propose de revenir au critère de la sélectivité.

51. Ainsi que l'avocat général Darmon l'avait suggéré à la Cour dans l'affaire *Slovan Neptun*, seul le critère de sélectivité permet de distinguer les mesures d'encadrement général des activités économiques, qui ne sauraient être remises en cause par les dispositions du traité sur les aides d'État, des mesures d'intervention économique et financière qu'il convient de contrôler²⁴. Au demeurant, la Cour a déjà reconnu qu'«une aide ne doit pas nécessairement être financée par les ressources de l'État pour être qualifiée d'aide étatique»²⁵.

52. Encore convient-il de définir avec soin la notion de sélectivité. Il ressort de la jurisprudence que toute mesure octroyant un avantage particulier à une classe d'entreprises ne doit pas nécessairement être considérée comme une mesure «sélective». Une distinction doit être établie. Toute mesure de traitement *spécifique* de certaines situations, aboutissant à l'octroi d'un avantage économique aux opérateurs placés dans lesdites situations, doit être appréciée dans le cadre du régime général dans lequel il s'insère. Si l'État membre concerné parvient à montrer que cette mesure trouve une justification dans la nature ou l'économie générale du système légal dans lequel elle s'insère, pourvu que ce système poursuive un but légitime, elle ne saurait être considérée comme mesure sélective au sens du traité²⁶. Ce n'est que dans le cas où ce traitement spécifique ne peut être justifié par un système général ou s'il ne résulte pas d'une application cohérente du système auquel il se rattache que la mesure peut être dite *sélective*. Dans ce cas, en effet, il est légitime de présumer que cette mesure n'a d'autre justification que celle d'accorder un traitement privilégié à une certaine classe d'opérateurs. Ce n'est donc pas seulement le caractère juridiquement dérogatoire d'une mesure qui en fait une aide d'État²⁷. En ce domaine, une analyse formelle n'est pas

24 — Point 47 des conclusions rendues dans l'affaire *Slovan Neptun*, précitée. Au reste, ce critère est déjà utilisé par la jurisprudence. Dans l'affaire *Ecotrade*, précitée, il apparaît déterminant que la réglementation en cause soit susceptible de placer les entreprises auxquelles elle s'applique dans une situation plus favorable que d'autres (points 41 et 42). Voir déjà, en ce sens, arrêt du 2 juillet 1974, *Italie/Commission* (173/73, Rec. p. 709, point 33).

25 — Arrêt du 30 janvier 1985, *Commission/France* (290/83, Rec. p. 439, point 14).

26 — Arrêts précités, *Italie/Commission*, point 33; *Ecotrade*, point 36, et *Adria-Wien*, point 42.

27 — Voir, sur cette position, les conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire *Slovan Neptun*, précitée (point 53), ainsi que celles de l'avocat général Mischo dans l'affaire *Adria-Wien*, précitée (point 43).

suffisante; il convient d'adopter une analyse substantielle. Est sélective toute mesure qui contribue à placer certaines entreprises dans une situation économique plus favorable que les entreprises se trouvant dans une situation comparable, sans que les coûts qui en résultent pour la collectivité soient clairement justifiés par un système de charges équitablement réparties²⁸.

53. Si l'on suit cette approche, il devient évident qu'une mesure dispensant Sotacarbo de rembourser les associés exerçant leur droit de retrait, alors qu'une application normale des dispositions pertinentes du code civil prévoit un tel remboursement, constitue un avantage sélectif injustifié en faveur de cette société. Une telle mesure réunit toutes les conditions d'une aide d'État. Je rappelle, toutefois, que cette conclusion n'est valable que s'il a été préalablement établi que ce retrait était possible dans les conditions prévues par le droit commun.

IV — Résumé

54. Il résulte de cette analyse que, afin de fournir une réponse utile à la juridiction de

renvoi, il convient de distinguer deux hypothèses.

55. Au cas où il serait établi que le retrait en cause dans cette affaire résulte d'une faculté exceptionnelle qui déroge aux conditions du retrait prévues par les dispositions pertinentes du code civil, il conviendrait de considérer qu'un régime, tel que celui instauré par la loi n° 273/02, accordant aux associés d'une société contrôlée par l'État une faculté de retrait subordonnée à la condition qu'ils renoncent à tout droit sur le patrimoine de ladite société ne constitue pas une aide d'État en faveur de cette société.

56. Dans le cas où, au contraire, ce retrait ne résulte pas d'une faculté exceptionnelle mais serait en tout état de cause permis par les dispositions du droit commun, il conviendrait de considérer qu'un tel régime constitue une aide d'État au sens du traité et aurait donc dû être préalablement notifié à la Commission.

57. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer si, dans l'affaire en cause, le retrait a été exercé conformément aux conditions prévues par le droit commun en matière de retrait des sociétés commerciales.

28 — Ce type de mesures a pour caractéristique de concentrer les bénéfices dans un groupe d'opérateurs tandis que les coûts sont diffusés sur l'ensemble de la collectivité et deviennent, de ce fait, difficilement identifiables pour les autres opérateurs. Une mesure de ce genre présente le plus grand risque d'être adoptée au profit de certains intérêts particuliers au lieu d'être déterminée par l'intérêt général.

V — Conclusion

58. Je propose en conséquence à la Cour de répondre de la manière suivante à la demande présentée par le Tribunale di Cagliari:

«Les articles 87, paragraphe 1, CE et 88, paragraphe 3, CE doivent être interprétés en ce sens qu'un régime, tel que celui instauré par la loi n° 273/02, du 12 décembre 2002, accordant aux associés d'une société contrôlée par l'État une faculté de retrait à la condition qu'ils renoncent à tout droit sur le patrimoine de ladite société, ne constitue pas une aide d'État au sens de ces dispositions et ne devait pas être préalablement notifié à la Commission des Communautés européennes, à moins qu'il soit établi que ce retrait pouvait être exercé en vertu des règles de droit commun en matière de retrait. Dans ce dernier cas, un tel régime doit être considéré comme constitutif d'une aide d'État qui aurait dû être préalablement notifiée à la Commission.»